

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 440/2012

SENTENCIA NÚMERO 434/2013

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:
D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

En la Villa de Bilbao, a doce de julio de dos mil trece.

La Seccion Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Cuatro de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 640/2010, en el que se impugna el Acuerdo de 19-1-2010 del Ayuntamiento de Barakaldo que rechaza las alegaciones de oposicion contra la propuesta de resolucion de contrato para construcción y explotación del aparcamiento subterráneo de la Herriko Plaza.

Son parte:

- APELANTE: ORMAK EGIN CONSTRUCCIONES, S.A., representada por el Procurador D. FRANCISCO RAMÓN ATELA ARANA y dirigida por el Letrado D. JUAN PABLO AYA ZULAIKA.

- APELADAS: AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO y EXCAVACIONES VIUDA DE SAINZ, representados y dirigidos, respectivamente, por los Procuradores D. PEDRO MARÍA SANTÍN DÍEZ y Dª. LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU y por los Letrados D. ÍÑIGO AMÁNN GARAMENDI y D. LUIS MARÍA PAGANO FERNÁNDEZ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR
3 0 JUL 2013
KOPIA DA
ES COPIA

BARAKALDODIGITAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por ORMAK EGIN CONSTRUCCIONES, S.A. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que se anule, revoque y deje sin efecto la recurrida.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 18-4-2013, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se combate en segunda instancia la Sentencia de 8 de febrero de 2.012 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Bilbao en R.C-A que textualmente fallaba que; **"desestimo completamente el presente recurso contencioso-administrativo por ajustarse a derecho el objeto del mismo y, por tanto, absuelvo definitiva y libremente a las partes demandadas de las pretensiones ejercidas contra ellas por la recurrente "Ormak Egin Construcciones, S.A".**

A la vista de los términos de dicha parte dispositiva, resulta observación necesaria que se introducen en ella conceptos tan ajenos a este orden jurisdiccional y a las determinaciones sobre su contenido, -artículos 31 y 68.1 LJCA-, como el de *"libre y definitiva absolución"* de los demandados. A ello se añade que ni en su encabezamiento ni en su teórico apartado de *"Hechos"* se contiene la menor referencia a cual es el *"objeto del mismo"* que tan peculiarmente se confirma en el Fallo, de manera que se hace necesario ir hasta el Fundamento Jurídico Segundo: II.2.A, (cuando ya antes se han rechazado rituariamente también ignotos motivos de inadmisibilidad), para que se trascriba literal y extensamente, a lo largo de dos páginas y media de la Sentencia, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barakaldo de 19 de Enero de 2.010 que sería, por hipótesis, ese *objeto.*

BARAKALDODIGITAL

Faltaría con ello, -ya en esta primera perspectiva-, la observancia de los requisitos formales que para la sentencia impone el artículo 209 de la LEC, en relación con el artículo 248.3 LOPJ, cuya ausencia, no obstante, elude expresamente denunciar la apelante, sin perjuicio de lo cual, -y de manera también harto confusa y prolija, y dificultando con ello la congruente labor de este Tribunal-, dedica buena parte de sus fundamentos y alegaciones a censurar enfáticamente la metodología revisora que emplea la Sentencia -párrafo por párrafo de la misma-, de modo que entremezcla ese improductivo y enervante ejercicio con los motivos y fundamentos de fondo que dicha parte defiende contra la actuación administrativa combatida en el proceso.

Por eso, esta Sala tiene que prescindir en lo fundamental de las observaciones críticas sobre la formulación de detalle de la sentencia -patentes en suma-, y ceñirse estrictamente a los que constituyen motivos de impugnación de la misma, que resumimos del modo que sigue;

-El ordinal segundo, que se desarrolla entre las páginas 15 a 29 del escrito, (folios 44 a 58 de este ramo), cuestiona la valoración judicial de la prueba de la vías administrativas y jurisdiccional, y somete a reconsideración por esta Sala de segunda instancia el resultado tanto de diligencias del expediente (folios 45 a 50), como de pruebas documentales, periciales y testificales (folios 51 a 58).

-El ordinal tercero (titulado como *"nula revisión en vía jurisdiccional de la inexistencia de causas de resolución contractual"*), versa realmente sobre deficiencias de fondo en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia.

-Al margen de esto dos capítulos, y espigado el escrito de apelación, con su indebida exposición conjunta de Hechos y Fundamentos de Derecho; (página 2), se contienen dos llamados Previos A) y B), en los que se intercalan verdaderas cuestiones de controversia sobre naturaleza del contrato; incompetencia del Alcalde; caducidad del expediente, etc..., respecto de las cuales finalmente, (página 7) renuncia expresamente la parte a su planteamiento.

SEGUNDO.- Para introducir el examen que hemos anticipado, va a comenzar esta Sala por examinar con prioridad el antecedente indispensable de este proceso, que es la Sentencia nº 267/2.007, de 3 de Mayo, de la Sección Tercera de esta misma Sala, que decidió los recursos acumulados nº 1591/98 y 902/99. (Obra a los folios 190 a 221 de los autos de instancia).

Ese proceso tuvo por materia de revisión tanto el acuerdo del Ayuntamiento de Barakaldo de 24 de febrero de 1998, por el que se acordaba resolver, por culpa del contratista, el contrato suscrito con fecha 26 de febrero de 1997 con la hoy apelante, para la **"redacción del proyecto, construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en la Herriko Plaza de Barakaldo"**, como el Decreto 1227/98, de 6 de marzo, por el que se procedió a la adjudicación a *"Viuda de Sainz, S.A."*, de la concesión administrativa de la que era titular *"Ormak Egin Construcciones, S.A."*.

BARAKALDO DIGITAL

Dicha sentencia tomó como decisiva razón estimatoria parcial del recurso la ausencia de dictamen del Consejo de Estado exigido en el supuesto (que se tenía por dado) de formalizarse oposición de la contratista.

La consecuencia fue que esa Sentencia anuló los acuerdos municipales por vicios procedimentales, lo que se argumentaba en términos de que, *"procede anular el acto impugnado por la existencia de vicio procedimental consistente en la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, y consecuentemente, anular también los de trámite que le preceden desde la recepción del escrito de oposición de la contratista, así como aquellas actuaciones dictadas en directa ejecución del acuerdo resolutorio anulado, por tanto, el Decreto 001227, de 6 de marzo de 1998, que acuerda adjudicar a Excavaciones Vda. de Sainz la continuación del contrato de referencia."*

Ello no conllevaba el acogimiento de otra situación jurídica que la de devolución de la garantía contractual constituida en importe de cincuenta millones de pesetas, cuya pérdida por parte de la contratista traía causa directa de la resolución del contrato *"indebidamente acordada por el órgano municipal"*.

Un posterior Auto de 7 de enero de 2.010, resolvió desestimatoriamente diversos puntos suscitados en ejecución de dicha Sentencia firme, (caducidad del expediente, intereses de demora, medidas cautelares municipales etc...), que no ofrecen ya interés para la decisión de la controversia en esta nueva fase.

Con estos antecedentes inmediatos, el 19 de Enero de 2.010 se dicta el Acuerdo municipal plenario en virtud del cual se decide nuevamente resolver el contrato de referencia por dos causas; *"generación de gravámenes no previstos en los planes de financiación"* y *"demora en el cumplimiento de los plazos"* del artículo 112.e) de la LCAP de 1.995, por retraso superior a 90 días. A ese dispositivo se acompañan otros como la incautación de la fianza, previo su nuevo depósito por importe de 318.053,916 €; evaluación de daños y perjuicios entre Marzo de 1.997 y febrero de 1.998; y convalidación de las actuaciones de adjudicación a *"Excavaciones Viuda de Sainz, S.A"* así como otras declaraciones respecto de dicha firma.

Las tesis que la parte recurrente desarrolló en primera instancia, se resumen del modo que sigue;

-Se comienza por aludir a la nueva casusa de resolución de *"demora en el cumplimiento de los plazos"* del artículo 112. e) LPAC y cláusula 38ª del Pliego de Condiciones Administrativas, por retraso superior a 90 días. Dado que el concurso no era para contratar obras, sino para la gestión de servicios mediante concesión administrativa de un estacionamiento público subterráneo, es aplicable a las causas de resolución el artículo 168, que, además de las del artículo 112, excepto la de las letra e) y f) señala cuatro causas específicas. Con ello, la causa de la letra e) del artículo 112 LCAP no es aplicable al contrato de que se trata.

BARAKALDODIGITAL

-Inexistencia de las dos causas de resolución apreciadas en el acuerdo pleno de 10 de Enero de 2.010. Se entra en primer lugar en la prevista por la cláusula 53ª del Pliego de Condiciones sobre *"generación de gravámenes no previstos en los planes de financiación"*, respecto de un inexistente desvío de fondos respecto de los ingresos obtenidos por aportaciones de los usuarios, lo que rebatía extensa y detalladamente, (folios 330-337). Tampoco concurriría la demora en los plazos de ejecución de la obra, en que sería aplicable el apartado 53.1-4º del Pliego de Condiciones, que tampoco se dio, por lo que no fue considerada en su día ni por la Secretaría municipal ni por el Decreto de la Alcaldía de 9 de Febrero de 2.008. Ni siquiera habían transcurrido los 90 días desde la última semana de Noviembre de 1.997, (ralentización de los trabajos) hasta el citado 9 de Febrero de 2.008 en que se hacia la propuesta de resolución. Menos aún los 180 días para la caducidad de la concesión administrativa. Tampoco hubo intimación ni requerimiento en tal sentido. Siguen nuevas dilatadas consideraciones sobre el contexto de aquella ralentización y lo que la provocaba, a los folios 339 a 344.

-Indebida convalidación de las actuaciones posteriores al acuerdo de 24 de Febrero de 1.998 en favor de Viuda de Saiz, S.A, careciendo el Ayuntamiento de facultades de convalidar por si actos anulados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Carácter discriminatorio de la misma.

-Incompetencia de la Alcaldía para, en base a la autorización del Pleno de 29 de Enero de 1.998 con la que se dictó el Decreto de 9 de Febrero de ese año, (con nº 723), dictar ahora un nuevo Decreto que además de mantener la causa de resolución indicada en aquel primero, añadir *"ex novo"* la sugerida por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en su dictamen de 9 de Octubre de 2.009 derivado de la Sentencia 267/2.007, de 3 de Mayo. Se intentaría evitar así el iniciar un nuevo procedimiento por esa otra causa, con necesaria nueva consulta a la Comisión.

-Necesidad de ese nuevo Dictamen del órgano consultivo de la C.A.E. El que se evacuó con referencia 175/2.009 además de no apreciar la concurrencia de la causa de resolución originaria, exime a la corporación de someterse a un nuevo dictamen respecto de la causa informada respecto a la demora en los plazos, sobre la que no se había podido manifestar, no siendo de aplicación el artículo 29 de la Ley 9/2.004, de 24 de Noviembre, y debiendo en su caso iniciarse un nuevo expediente, so riesgo de indefensión a la recurrente.

-Caducidad del procedimiento, respecto de la que se seguiría otro R.C-A nº 1.390/09, ante el Juzgado nº 3 de Bilbao.

-Pretensión de ser indemnizada por daños y perjuicios.

TERCERO.- A la vista de lo anterior, y de la depuración que han experimentado esos motivos y cuestiones, varios de los cuales no son ya replanteados en la segunda instancia, se examinan los subsistentes con referencia a lo que resultaba del dictamen 175/2.009 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

BARAKALDO DIGITAL

De una parte, en los puntos 51 a 60, la citada Comisión fundaba su falta de acogimiento y de informe favorable respecto a la resolución acordada por el Ayuntamiento y basada en la causa enunciada como *"generación de gravámenes no previstos en los planes de financiación"*. La Sentencia de instancia ahora revisada, además de rechazar de manera manifiestamente infundada y arbitraria el examen de estas cuestiones so pretexto de que la recurrente expondría, *"lo mismo que planteó en la instancia"* (sic), en lo que constituye la más plena negación de la función revisora de este orden jurisdiccional, que consiste precisamente en examinar los motivos que los recurrentes empleen contra los actos administrativos, ya utilizados o no en vía administrativa previa, -artículo 56.1 LJCA-, termina por hacer una breve referencia adhesiva a los argumentos del Ayuntamiento demandado, -folio 26 de este ramo-, que parcialmente trascribe en línea de lo que la Sentencia había ya denominado *"motivación in alliunde"* -figura anómala e inexistente en derecho judicial y solo concebible, con ciertos límites, en el quehacer resolutorio administrativo en base a los dictámenes que se incorporen al texto, -artículo 89.5 LRJ-PAC-.

Pues bien, dicha alusión yerra en la forma y en el fondo en tanto obvia el examen de la tesis actora, -plenamente respaldada por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi a la que ni siquiera se menciona-, y que es la que a juicio de esta Sala merece pleno acogimiento y prosperidad.

Hay que adelantar que el contrato, en el momento legislativo en que se suscribió, participaba de la doble naturaleza de contrato de obras y de concesión de servicio público, y no era en ningún caso un simple contrato de gestión de servicios públicos. La figura al completo solo iba a tipificarse legalmente de manera unitaria y plena en base a la Ley 13/2.003, de 23 de Mayo, que reguló el *contrato de concesión de obras públicas* incorporando un Título V, artículos 220 a 266 del T.R-.

Esa doble naturaleza imponía necesariamente que, en cada fase, la disciplina legal se atuviese a unas u otras particularidades.

Y esa causa de resolución inicialmente adoptada por el Acuerdo de 24 de Febrero de 1.998 fue primeramente puesta en solfa por el órgano consultivo por no corresponder siquiera a la fase de ejecución de obra, sino a la de gestión concesional del servicio en relación con el estacionamiento subterráneo construido, según delimitación que cuenta con pleno sentido se si observa que esa *"generación de gravámenes"*, trata de poner a resguardo los intereses públicos municipales financieros y presupuestarios de toda iniciativa del concesionario que sea susceptible de privar a la concesión de sus instrumentos fundamentales y revertir perjudicialmente sobre la Administración concedente so pretexto del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión u otras demandas de garantía de pérdidas o perjuicios por parte de terceros usuarios, situación ésta que primordialmente se proyecta sobre la fase de explotación del servicio

Hay que tener presente que esa causa, no incluida en el listado general del artículo 111 LCAP (en numeración del TR de 2.000), solo podía tener base en la habilitación al contrato para establecer otras distintas, -letra h)-, y la cláusula 53 del Pliego de Condiciones, referida a la **"caducidad de la concesión"** -folios 65 a 67

BARAKALDODIGITAL

expediente, Tomo I-, si bien contiene algunas causas, -sin duda las iniciales-, referidas a los defectos o el abandono en la ejecución de la obra, desarrolla después otras que están necesariamente vinculadas con la fase de explotación.

En efecto, la causa aplicada lo es de un modo textual incompleto y extrapolado de su conjunto, pues lo que sanciona con caducidad el referido artículo 53 del Pliego de Condiciones Técnica, Administrativas y Económicas, no es esos aislados y en sí mismos poco explícitos *"gravámenes no previstos en los planes de financiación"* que el Ayuntamiento asocia muy libre y artificialmente con el desfase entre aportaciones provisionales de los usuarios y coste de la obra ejecutada, sino que lo que prohíbe al concesionario so pena de caducidad, (después de referirse a la alteración de las tarifas establecidas, y antes de mencionar la dedicación del establecimiento a usos distintos), es la *"cesión, trasferencia o renovación de la concesión o de la titularidad de cualquiera de los bienes inmuebles afectos a ellas, o gravámenes no previstos..."*.

Es decir, que no puede extraerse la indicada causa (que el Ayuntamiento pretende aplicar realmente como resolutoria de un contrato de obras), de ese contexto de gravamen, cesión o enajenación de los bienes concesionales, plenamente ajena al sentido que los acuerdos municipales resolutorios le atribuyen, persistiendo en ella después de haber sido ampliamente desconsiderada por la Comisión Asesora de Euskadi en los apartados 52 y siguientes de su dictamen en los que, pese a adoptar instrumentalmente la perspectiva municipal de referirla a la financiación de las propias obras de construcción del aparcamiento, concluye que convergen sobre estas otras fuentes válidas y posibles de financiación ajena para el contratista, prevaleciendo la obligación clara de éste de financiación total la obra y *"quedando reservada a su esfera doméstica la forma mejor de distribuir y aplicar los recursos económicos con los que llegara a contar"*. -Apartado 57 del dictamen-.

Para la Sala, tal argumentación no queda en medida alguna enervada por el reiterativo intento del nuevo Acuerdo resolutorio de 19 de Enero de 2.010, en que en un único efectivo párrafo (folio 40 de los autos de instancia), manifiesta el Ayuntamiento su discrepancia con el criterio de dicho órgano y, sin ofrecer la menor explicación razonada del error y contradicción que le atribuye, hace una somera alusión a que tal informe *"minimiza los problemas económicos de la promotora tras el inicio del procedimiento de suspensión de pagos y las dificultades de obtención de financiación externa"*, con lo que realmente se está apuntando a otras eventuales causas no apreciadas, (ni, como tal, apreciables), y mixtificando argumentalmente esa situación con causas convencionales de *"caducidad de la concesión"* que ofrecen un sentido manifiestamente diferente.

En suma, muy al margen del detalle con que la parte recurrente desarrolla su argumentación acerca de la posibilidad y necesidad plenamente asumida por el Pliego de esas otras fuentes de financiación, y del propio cuestionamiento sobre la existencia real del desfase en torno a 60 millones de pesetas comparando magnitudes distintas de ingresos y gastos, -folio 333-, el motivo de apelación que frente a la Sentencia de instancia se desarrolla con sustento principal en las propias conclusiones de la Comisión Jurídica Asesora, -folios 46-47 de este ramo-, ha de ser acogido.

BARAKALDO DIGITAL

CUARTO.- Respecto de la causa de resolución sobrevenida, que la Administración municipal acumula a la anterior en función de la especial propuesta que la Comisión Asesora realizaba mediante los cardinales 61 a 73 de su Dictamen, se tiene que hacer una previa referencia a la plena legitimidad de esa incorporación.

En efecto, el articulo 3.2 Ley 9/2.004, de 24 de Noviembre, de la citada Comisión Jurídica Asesora, consagra que, *"La comisión dirigirá a la Administración activa, siempre que lo considere oportuno y en atención a los problemas que vaya detectando en el ejercicio de su función consultiva, las sugerencias y propuestas de actuación que estime convenientes."*

Después, el artículo 28 precisa que, *"Las sugerencias y propuestas a que se refiere el artículo 3.2 se consideran a iniciativa de cualquier miembro de la comisión y se formalizan en un acuerdo que se elabora, aprueba y remite a sus destinatarios o destinatarias siguiendo las mismas normas que rigen la elaboración, aprobación y remisión de los dictámenes."*

Por último, el artículo 29, puntualiza que *"Si, tras la emisión del dictamen, el asunto sobre el que verse es objeto de modificaciones sustanciales que introducen nuevos contenidos* **que no responden a las sugerencias o propuestas efectuadas por la comisión o las exceden,** *se ha de realizar una nueva consulta sobre dichos cambios."*

A *contrario sensu*, por tanto, la sugerencia de la Comisión de que se apreciase la causa resolutoria de la demora en el cumplimiento de los plazos del contrato del artículo 111.e) del TR, y, a mayor abundamiento, la de retraso superior a 90 días de la cláusula 38 del pliego de condiciones administrativas, resultaba plenamente acorde a la legalidad y no suponía el vacuamente argumentado exceso que la parte actora ha venido atribuyéndole, exonerando plenamente a la Administración municipal activa de la solicitud de nueva consulta para poder apreciarla.

La primera precisión, -en contra de la exclusión de dicha causa que la actora *"Ormak Egin"* ha defendido en el proceso-, es que la letra e) del citado artículo 111 TR (o 112 de la LCAP de 1.995), resulta plenamente aplicable al supuesto contractual litigioso.

En efecto, para negarlo, se remite la recurrente al artículo 168 (167 del TR) sobre causas específicas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos que excluye las de las letras e) y f) del artículo 112 (o 111).

Lo que se olvida con ello es que el contrato suscrito no era de la clase que dicho precepto regula. Obvio resulta que en un contrato de gestión, por definición, no puede haber demora del contratista en ejecutar la obra ni de la Administración en pagarla, -artículo 99.6-, como causas resolutorias. Sin embargo, sí se darán necesariamente esas causas si el contrato se corresponde realmente con la figura de proyecto, construcción gestión y explotación mediante concesión administrativa, (luego regulada por Ley 13/2.003, como hemos visto), y no cabe la menor objeción seria a que la referida causa legal pueda ser trasladada al presente supuesto mientras se desarrolla la fase de

BARAKALDODIGITAL

construcción del estacionamiento a que la contratista se comprometía. Posteriormente incorporado al Texto Refundido 2/2.000, de 16 de Junio, el artículo 264, en modo alguno excluye el mismo dicha causa, como una de las generales previstas en el texto legal, y el artículo 239.2 hace aplicación concreta de ese retraso en el cumplimiento de la ejecución de la obra.

Ahora bien, dicho esto, la Sala, aun reconociendo el rigor de la propuesta y la validez general de la fundamentación que la Comisión Jurídica emplea en la aproximación a los presupuestos de dicha figura anómala, no alcanza a compartir la concurrencia estricta de esa causa de resolución, entendida en su dimensión normativa objetiva y reconducida en el tiempo al momento remotísimo de principios del año 1.998 en que la resolución se acordó.

Lo que las actuaciones ponen de relieve, y no es objeto de radical contradicción en cuanto a su núcleo fundamental, es que a finales de Noviembre de 1.997 se había llegado a producir una práctica paralización de los trabajos, que la Dirección de la Obra constataba y reiteraba en fecha de 9 de Febrero de 1.998. La discrepancia gira en torno a las razones de la misma y al alcance temporal que llegaba a tener en relación con las disposiciones del Pliego aplicable.

La Comisión Asesora refleja en efecto que esa paralización resultaba coetánea con causas ajenas a la contratista, (revisiones del planeamiento, tramitaciones de proyectos de urbanización o reformados del aparcamiento), que, sin embargo, no valora decisivamente en consideración a hacer prevalecer el cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, dada la posibilidad informada por Técnico Municipal de proseguir con tajos de obra, *"con ocasión de presentación por su parte de un nuevo proyecto de urbanización de la plaza"*. -Apartado 62-.

La prueba procesal desarrollada en la instancia o la documentación recogida en el expediente no permite sin embargo atestiguar con plena certeza que, al menos en el origen de esa paralización, no influyesen causas técnicas y jurídicas en curso y relevantes, primeramente en cuanto a la ralentización previa a ese periodo de casi total inactividad (informes de los folios 1344 a 1414), en que se tramitaba el Modificado nº 1 del proyecto y se advertían graves inconvenientes técnicos para el normal desenvolvimiento de la obra.

En todo caso, cierto resulta que, conforme al 146 TR LCAP, la tramitación de una modificación del proyecto no siempre determinaba la paralización de los trabajos, y así, *"cuando el director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia, con las siguientes actuaciones: (Redacción del proyecto y aprobación del mismo. Audiencia del contratista, por plazo mínimo de tres días. Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos)"*, de modo que el Artículo 146.4 TR y luego el artículo 159.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1.098/2.001, de 12 de Octubre, solo impondrán a la Administración decretar la suspensión temporal cuando se acuerde una modificación del proyecto que impida continuar ejecutando la obra contratada, y que pueda acordarse por el órgano competente que la

BARAKALDODIGITAL

obra continúe provisionalmente en base a la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa.

Ahora bien, aun cuando se diesen de manera práctica y efectiva esas premisas, y esos inconvenientes técnicos y administrativos no impidiesen la continuación de partes (o *tajos*) de la obra, y la paralización de esta haya de hacerse en buena medida imputable a la contratista, siquiera a partir de finales de Noviembre, en función de la crisis interna que padecía en su administración y gestión por causa de la solicitud de concurso y a la espera de respuesta municipal sobre la subrogación solicitada, la aplicación de la causa resolutoria del artículo 112.e) LCAP no resulta concluyente en función de los siguientes argumentos.

La Comisión de Jurídica Asesora, de la que el acuerdo impugnado en este proceso hace en lo fundamental mecánica trasposición, junto con la cita del Informe del Ingeniero Municipal de 9 de Febrero de 1.998 (folio 41 de los autos), -al punto de que la representación municipal en el recurso de apelación se limita a trasribir los apartados 61 a 73 y 80 de ese dictamen-, no pondera realmente cual es la incidencia presumible de esa real paralización en términos de demora en el cumplimiento de los plazos contractuales finales, habida cuenta de que se parte de una situación anterior en que esa demora no se constataba, y de que en esos mismos momentos se estaba prorrogando por varios meses más la ejecución del contrato.

La parte actora destaca que el artículo 38 del Pliego alude a más de 90 días naturales de *"retraso"*, pero la Administración municipal no valora realmente el referido retraso y se atiene, de forma muy estricta y hasta cronológicamente forzada, a los 92 días de paralización que se habrían dado, computados a la fecha de 24 de Febrero de 1.998 en que ya el Acuerdo plenario, completado el trámite del expediente resolutorio, se adoptaba. Sin embargo, atina la recurrente cuando remite, si de días de paralización o suspensión injustificada de la obra se trata, al artículo 53 de los Pliegos, en que se exige plazo superior a **180 días**.

En suma, podía imputarse en aquellos momentos una *paralización de la obra* por tiempo aún insuficiente para determinar la resolución contractual, y podía también valorarse la medida en que esa paralización ya cierta, (que afectaba a la parte de la obra que podía limitadamente ejecutarse) hiciera sólidamente presumible un futuro incumplimiento de plazos que fuesen achacables exclusivamente al contratista, que es lo que la Administración demandada no ha llegado a detallar y desarrollar razonadamente.

Lo que a nuestro juicio no tiene cabida es que, resuelto ejecutivamente el contrato en fecha de 24 de Febrero de 1.998, sin que nunca más la mercantil contratista haya tenido oportunidad de continuar ejecutando dicha obra, -que se adjudicaba inmediatamente a una tercera-, se formulen meras conjeturaciones acerca de cuál hubiese llegado a ser en el futuro el alcance de ese incumplimiento desde la visión retrospectiva que el dictamen adopta acogiendo presunciones de imposibilidad de llevarla a cabo en plazo en razón de su situación financiera etc....Tales inferencias desde el devenir posterior, llevarían además a tener que contraponderar la circunstancia no negada de que la mercantil actora, que superó la fase de concurso de acreedores, llegase a concluir en

BARAKALDODIGITAL

plazo todas las demás obrar públicas que tenía en cartera en aquellos momentos.

QUINTO.- En definitiva, la apelación debe prosperar y ser revocada la Sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra que, con acogimiento del recurso contencioso-administrativo formulado, declare la disconformidad a derecho del acuerdo plenario de 19 de Enero de 2.010 en el pronunciamiento resolutorio y en cuantos traen causa del mismo, con reconocimiento de las situaciones jurídicas individualizadas pretendidas en la instancia, -folios 362 y 363 de los autos-, sin hacerse imposición de costas en ninguna de las dos instancias. -Artículo 139.1 y 2 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala emite el siguiente,

F A L L O

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE "ORMAK EGIN CONSTRUCCIONES, S.A" CONTRA LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 4 DE BILBAO DE 8 DE FEBRERO DE 2.012, DESESTIMATORIA DEL R.C-A Nº 640/2.010, INTERPUESTO POR LA REFERIDA MERCANTIL FRENTE AL ACUERDO DEL PLENO DEL AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO 1/2010, DE 19 DE ENERO, QUE ACORDABA RESOLVER Y RESCINDIR EL CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE UN APARCAMIENTO SUBTERRÁNEO PARA VEHÍCULOS AUTOMÓVILES EN LA HERRIKO PLAZA DE DICHO MUNICIPIO, REQUIRIENDO AL DEPOSITO DE FIANZA POR VALOR DE 318.053,916 € PARA SU SEGUIDA INCAUTACIÓN, ORDENANDO QUE SE EVALUASEN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA PROMOTORA ADJUDICATARIA, Y CONVALIDANDO LAS ACTUACIONES REALIZADAS EN RELACIÓN CON "EXCAVACIONES VIUDA DE SAINZ, S.A." PARA LA CONTINUACIÓN DE OBRAS, Y SUBSIGUIENTE GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL APARCAMIENTO POR PARTE DE DICHA SOCIEDAD MERCANTIL; Y, REVOCANDO LA SENTENCIA APELADA, ESTIMAMOS EL REFERIDO RECURSO Y DECLARAMOS DISCONFORMES A DERECHO Y ANULAMOS DICHOS ACUERDOS EN LA TOTALIDAD DE SUS EXTREMOS, RECONOCIENDO A LA SOCIEDAD RECURRENTE LA SITUACIÓN CONDUCENTE AL RESTABLECIMIENTO EN LA POSICIÓN CONTRACTUAL Y CONCESIONAL QUE DETENTABA, ASÍ COMO A SER INDEMNIZADA POR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE SU TEMPORAL SEPARACIÓN DE DICHA GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN EN LAS SUMAS QUE SE DETERMINEN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA, SIN ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTAS EN NINGUNA DE LAS DOS INSTANCIAS.

BARAKALDODIGITAL

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio completo en el presente Rollo de Apelación número 440/2.012, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.

BARAKALDODIGITAL